

# アメリカ憲法における国家承認権限の所在

——ジヴオトフスキー事件を素材として——

富井 幸雄

## 一 問題の所在

外国を主権国家 (sovereign) として承認する国家承認 (recognition) は、「国家が自らある国家を組織体 (entity) として扱う、あるいはある政権 (regime) を国家政府として扱うのを約する (commit) 行為」で、アメリカがその国と外交関係を結ぶにはこれが前提となる。<sup>(1)</sup>

国家承認とは、新国家の誕生に「他の諸国がこれを国際法上の国家 (国際法上の主体) として認めること」であるが、主権の確立を核とした国家の要件を具備すれば国家となるわけで、かかる承認は国家成立の事実を他国が確認するといった宣言的効果と解される。<sup>(2)</sup> 国家承認は国際法に規定はなく、<sup>(3)</sup> 国家の判断となる。承認しなければその国との外交関係は持たれない。満州国が不承認とされた一方で、イタリアの武力併合でのエチオピアが、イギリスをはじめ少なからず国家承認にあずかった事実をみると、承認不承認は国際法の原則や形式というよりも承認

アメリカ憲法における国家承認権限の所在

(都法五十六―一) 二八九

を行う国家の政治的判断といえる。<sup>(4)</sup>

国内法に目を転じれば、これはどの政府機関あるいは立憲的部門が行うのか、外国を国家と承認する権能（以下承認権）は国家の主権にあるといえども、それは憲法上どの部門に認められるのか。日本国憲法に承認権の規定はない。「外国の大使及び公使を接受すること」が天皇の国事行為として規定されている（七条九号）。しかし、これには国家の政治的決定となる承認権は含まれていない。天皇は、政治的権力を一切否定されており（四条一項）、大使の接受は内閣の助言と承認に基づいて、形式的儀礼的になされるにすぎず、法的効果のない事実行為と理解される<sup>(5)</sup>。日本国憲法では、七三条で「外交関係を処理する」権限は内閣に認めているので、承認権は、内閣（執行権）にあるとしてよからう。<sup>(6)</sup>ただ国会はこれに関与できるか。わが国の議院内閣制にあって内閣と国会（与党）に齟齬が生じることは現実的ではないので、憲法学の議論の対象にされにくい。<sup>(7)</sup>

これが厳格な権力分立を取るアメリカとなると、事情は異なる。外交政策は政治プロセスで形成されるとしても、どの機関が決定的権限を持つのか。外交関係を形成し執行するのは執行権（大統領）であるとしても、柔軟に国際関係に対応していく基本的な決定に、いちいちアメリカ連邦議会（以下議会）の承認や立法を要するのか。そもそも承認権は議会が有するのか。いずれも、アメリカ合衆国憲法（以下憲法）は、条文上不明である。大統領の外交権は *Curtiss-Wright* 判決でとえられた、大統領は対外的関係での「唯一の機関（sole organ）」だとする理論で認められよう。<sup>(8)</sup>もともと、その権限の範囲がどこまでかは争いがある。これは大統領の憲法上の権限の根拠として援用され、外交関係を遂行するのみならず、外交政策を決定する権限も含まれると解されることもあれば、外交政策の形成は含まれないとの向きもある。一方で、大統領は大使接受といった儀礼的な権限にとどまらず、外国政府を承認するかどうかの決定権も認められることは、もはや疑問の余地がないとまでもいわれる。<sup>(9)</sup>

実務は大統領の専権で運用されてきた。これを議会の忍従（acquiescence）とみるかは議論があろう。いずれにせよ、承認権の所在は憲法上一義的ではなく、明確な司法判断はこれまで存在しなかった。しかし、二〇一三年にワシントン・コロンビア自治区（DC）連邦控訴裁判所が下したジヴォトフスキー判決（本件判決）は、承認権が大統領の排他的権限（exclusive power）であると初めて判示した<sup>(10)</sup>。そこで本稿は、これを腑分けして、憲法レベルでの承認権の所在を検討する。まず本件判決の概要を素描する。そのうえで判決の問題点をにらみながら、承認権の憲法学上の論点を考察する。それは大統領と議会の権限の争いといった、オーソドックスな権力分立論の一断面である。その中身を確認するとともに、この領域に最高裁が微妙にコミットする姿勢を垣間見る。

アメリカでは立憲政治の実践として、また憲法解釈として、外交には大統領が巨大な権限を持っていることには争いが無い<sup>(11)</sup>。一方、大統領は法律を誠実に執行する義務もあり（二条三節）、議会の意思を誠実に履行する責務をおっている。外交に関して議会が立法的制約を置いた時、そのことが大統領の外交政策を形成しそれを履行する固有の権限を侵さないかは憲法問題となる。これは、大統領の外交権限を認めたいように議会は干渉できるかの問題でもある。承認権のように憲法条文も制憲意思も明確でない場合、過去の実践例で大統領の専権とみられがちとなるが、これがはたして立憲的な姿なのかは議論する価値があろう<sup>(12)</sup>。

## 二 ジヴォトフスキー判決（二〇一三年DC連邦控訴裁判所）

### 1 事件の概要<sup>(13)</sup>

原告であるジヴォトフスキー（Menachem Binjamin Zivotofsky）は二〇〇二年一月一七日、アメリカ人を両親

に、エルサレムで生まれた。同年一二月、母親がテルアビブのアメリカ領事館に代理で、出生地イスラエルと記して子のパスポートを申請したところ、領事から、イスラエルは國務省規則では出生地のリストにあがっておらず、エルサレムのみ認められるとされた。後に、これは「エルサレム、イスラエル」と書き換えての申請となる。

エルサレムの地位は最も政治的で複雑な争点である。アメリカは、一九四八年、トルーマン政権の時にアラブ・イスラエル戦争の解決のために、紛争両当事者を調整すべく、いかなる国家の主権も認めずエルサレムとした。國務省外事手引 (State Department Foreign Affairs Manual (FAM)) は、パスポート事務規則に中立政策を一貫させ、申請者の出生地の記載に事細かな指示を与えている。まず出生地の国を記すこと。ただし、出生地に国家帰属で争いがある場合には、国家名に代えて当該地名で記載し得るとしている。FAMはエルサレムについて特別に定めており、エルサレム市の境界内であればエルサレムとだけ記載し、イスラエルとかヨルダンとかは無論、イスラエルがエルサレムを含むなんぞ記載してはならないとしている。

議会は執行府の中立政策を変えようとした。二〇〇二年九月三〇日、議会は「イスラエルの首都であるエルサレムに関するアメリカの政策」と題する二〇〇三年会計年度外交授權法二一四条を制定し、イスラエルのアメリカ大使館をテルアビブからエルサレムに移転するよう求めるとともに (a項)、d項で以下のように規定した。「パスポートのための出生地イスラエルの記録・エルサレム市で出生したアメリカ市民のパスポートの発給、もしくは出生の登録、国籍証明のために、國務長官は市民若しくは法定後見人の申請に基づいて、出生地をイスラエルと記すものとする」。

この二一四条について、ブッシュ大統領は署名に際して次のような声明を出している (署名時声明)。「エルサレムに関する二一四条は、外交を遂行し単一の執行府を監督する大統領の憲法上の権限に干渉するもので許さ

れない(impermissibly interferes)。なおかつ、二二四条の趣旨として指示するところが、訓示的というよりむしろ命令的と解されるなら、アメリカの地位を形成し、国家のために国際関係で発言し、承認で外国に与えられる約定を決定する大統領の憲法上の権限を干渉するもので許されない。アメリカのエルサレム政策は変わっていない」(傍線筆者)。

国務省は、FAMに従って、このパスポートには出生地はエルサレムとだけ記載した。原告(ジヴォトフスキーの両親と法定後見人、Ari Z. & Naomi Siegman Zivotofsky)は、この二二四条d項にしたがって「エルサレム、イスラエル」と記載するよう国務長官には法的義務があるとの宣言的判決と、そうするための終局的差止命令(permanent injunction)を求めて、二〇〇三年九月六日に提訴した。政府は、政治的問題(PQ)を前面に出して司法判断の対象にならないと反論した。

その第一審は原告適格を否定した。しかし、DC連邦控訴裁判所は原告適格を認め、他の争点や証拠や記録を十分審議するように差し戻した。連邦地裁は二〇〇七年九月、PQとして再度却下した。政府の主張を認め、本件はまさにPQ<sup>(14)</sup>として司法判断できない。管轄権存在の立証責任は原告が負わなければならないところ、PQの六つの要件のいずれにも当たらないことを、立証していないとしたのである。<sup>(15)</sup>承認権は国家承認に関する政策決定権限を含み、単に外国政府を承認するに止まらないのであって、本案解決にはエルサレムの政治的地位を裁判所が判断しなければならぬ。それは外交政策にかかわり、裁判所はこれを判断する基準を持ち合わせていない。これには政治部門の整合的な言質を要し、かつ、そうした部門から多様な声明が出される潜在性を秘めているものなのだとした。

これを控訴審も支持した。<sup>(16)</sup>しかし、最高裁はこれを否定し(ここまでを第一次訴訟とする)、エルサレムで生ま

れたアメリカ市民はそのパスポートの出生地のリストとしてイスラエルと選択できるとする連邦法が合憲であるかを、判断できるとした<sup>(16)</sup>。両当事者は二二四条d項の合憲性を争っており、また、これが原告に制定法上の権利を与えたものが提起されているのである。それはまさに司法の領域であって、エルサレムに関する外交政策を争っているわけではないとした<sup>(17)</sup>。「ジヴオトフスキーの訴えの解決は、制定法の性質とパスポートと承認権の性質に関して、当事者が主張する条文と構造と歴史の証拠を慎重に検証することが求められている。これは裁判所のやることである。PQは本件の司法審査に何の障害ももたらさない<sup>(18)</sup>」。司法判断適合性はある、本案を審理さるべく差し戻したのが本件である（これ以降を第二次訴訟とする）。

## 2 本件判決

第一次訴訟の争点はPQに当たるかであった。これが最高裁で明確に否定された今、第二次訴訟で差戻審であるDC連邦控訴裁判所は、本案 (merits) の問題、すなわち、承認権の所在と本件立法が権力分立から違憲であるかを判断することになる。

本件判決はまず、この問題が ヤングスタウン Youngstown 事件で ジャクソン Jackson 判事が示した三定式のうちの第三類型、すなわち、「大統領が議会の明示または黙示の意思に矛盾する措置を取る時、その権限は最低網 (lowest web) となり、その事項に関する議会の憲法上の権限を引いた自らの憲法上の権限のみに依拠できる」ことは、当事者間に争いがないとして、これを議論の前提としている<sup>(19)</sup>。

そして本案を判断する。第一に、承認権が大統領の排他的 (exclusive) 権限であると判示する。まず、憲法の条

文や制憲者意思には承認権の所在の決定的な根拠や証拠はないとしたうえで、憲法解釈の根拠となるのは制憲後 (post-ratification) の歴史だとして、運用の現実を検討する。<sup>(20)</sup> 初代大統領ワシントンをはじめ、モンロー、ウィルソン、リンカーン、ジャクソンは、それが大統領の排他的権限であると解して実践してきたとする。

次に最高裁の先例をみる。「外交領域では、大統領は、国内事象のみかわるところでは許されないような、制定法の制約から自由な裁量を有」し、「外事関係では国家唯一の機関で外国に対する唯一の代表」との判例法理を確認する。そして一度にかぎらず、承認権が大統領に排他的に存すると述べているとする。<sup>(21)</sup> 「確かに、最高裁は大統領が排他的にこの権限を有すると判示したことはない。しかし、われわれ下級審にとつて、たとえテクニカルには傍論だとしても、最高裁の慎重に考慮された言葉は、一般に権威あるものとして扱われなければならない」。<sup>(22)</sup> 排他的権限とした最高裁の意見が、判例として法的拘束力を持つようになったのである。

かくして、「憲法の条文と構造、最高裁判例、制憲後の長い歴史を見れば、大統領は外国の主権を承認するかどうかを決定する権限を排他的に保持していると結論する」。<sup>(23)</sup>

第二に、二二四条d項の制定の根拠となるパスポート権が議会の権限の有効な行使なのか、それとも大統領権限を侵しているのかを判断する。なるほどパスポートは出生地を記載するだけで、承認権を直接行使するものではないし、パスポートの規制は議会の立法管轄権に入る。ただ、ここでの問題はパスポートに関する権限全てをどこが排他的に有するかではない。執行権は長きにわたり、とりわけ外交政策に絡むときは、パスポート権の行使に関与してきた。一八五六年に初めてパスポートに関する立法がなされ、そこでは安全保障や外交政策のためにパスポートの発給権を統制する権限を大統領や国務長官に認めている。一九二六年にパスポート法 (Passport Act) が制定されても (後述四一参照)、この原則は変わっていない。

原告は、議会の制定法がなければ執行権にパスポートに関する権限は認められないとするのが判例だと主張する。しかし、裁判所は議会にその排他的権限があると述べたことはない。「なるほど議会はパスポートに関する立法権を有するけれども、そのパスポート権は排他的ではない。そして議会が執行権の権限を侵奪するように、排他的でないパスポート権に基づいて立法するようならば、その立法は憲法上の権力分立の問題を惹起する」<sup>(24)</sup>。ゆえに二二四条d項はそうした立法なのかを検討しなければならない。それは単にパスポートについてのみ語ったのか、それとも大統領の排他的権限たる承認権に干渉するものなのか。前者であると解することは到底できないとする。執行権（政府）は、エルサレムには、一九四八年来、中立を取っているところ、二二四条は表題や内容をみれば明らかにこれを変更しようとするものであって、それは外交政策を議会が立法で変更することにほかならないからである<sup>(25)</sup>。なお、パスポート権についてはTad<sup>ティテル</sup>判事の補足意見が付されている（後述四一）。

かくして本件判決は、二二四条d項が執行権の排他的権限である承認権を侵害する違憲な法律と判断した。これに対する上告で最高裁は、二〇一四年四月二日、サシオレイライを認め<sup>(26)</sup>、同年一月四日に口頭弁論を行っている（後述四三）。承認権が大統領の排他的権限かは最高裁で決着をつけることとなる（二〇一五年）。

### 三 承認権の所在

#### 1 本判決の問題点

本件判決は初めて、承認権が執行権（大統領）の排他的（exclusive）権利だとした。これまで判例では、そうし



た判断が傍論としては存在した<sup>(27)</sup>が、これが先例として意義を持つこととなる（もつとも、最高裁で覆る可能性がある）。問題は、この判断が憲法解釈として妥当かの一点にある。それまで少なからず権力分立の解釈で争いがあつたことを考えると、法的に決着をつけた意義はあるものの、憲法解釈としてしつくりこない点が残っているのも事実である。

本件判決は、承認権は国家の主権性を認める法的行為（*de jure*）であり、大統領の裁量的決定に基づく権限（*power*）であつて、機械的事務的な事実行為（*de facto*）ではないとした。そこには、承認権が立法作用（*law making*）ではなく執行作用（*law executing*）だとの認識がある。ある区域に及んでいる主権がどの国家に属するかは、国家の領域を決めることである。それが承認権であり、政府の外交政策上の有権的な裁量的決定だとみるのである。承認権がいかなる性質のものか、大統領がなすにしてもそれは儀礼的な機能しか果たさないものか、それとも法的効果のある裁量的決定なのかは、承認権の論点である。

これらの論点を考える時、共有される前提は、憲法の条文も制憲者意思もこの点に関して明確ではないことである。もつとも、これら二つの要素は憲法解釈では必須なので、言及されないわけではない。議会に承認権を認める説（*ProCon*）では、憲法一条八節で議会の権限とされるもののうち、外交通商規制権（三号）、帰化（四号）、宣戦権（十一号）、必要適切立法権（一八号）が、大統領に認める説（*ProExe*）では、大統領を規定する二条のうち、執行権付与（*vesting*）（一節二号）、大使公使任命権（二節二号）、法誠実執行配慮義務（三節）が、言及されるが、いずれにせよ、条文もそれぞれの立法趣旨も決定的な論拠になっていない<sup>(28)</sup>。

そこで重要になるのは実務や歴史の積み重ねである。制憲趣旨が不明確であるから、制憲後の解釈の積み重ねが憲法規範を形成する。大統領は議会に諮ることなく、一九七九年以前に中華人民共和国（*PRC*）、そしてカスト

口のキューバを承認するかどうかを決定しているし、第二次世界大戦前にさかのばれば、一九三二年に満州国、一九四〇年にバルチック共和国、スペイン市民戦争での中立と、アメリカの承認権行使の実例は枚挙にいとまがない。本件判決は、憲政の実践が承認権の憲法解釈を形成したと重視する。そして、こうした立憲的展開をどう解釈するかは議論となる。

## 2 憲法の条文と制憲者意思

大統領権限とする条文上の根拠として、もとより明文の根拠はないけれども、憲法二条三節の「大統領は大使その他外交使節を接受する」が挙げられる。この条項の前提には大統領がその外交官の国の主権を認めていることがあるからで、これには承認権が内包されているとみる。さらに敷衍して、外交官派遣受け入れ条項、大使接受条項、二条一項の執行権付与条項 (Executive Vesting Clause (EVC)) が言及される。

そもそも、大統領を規定する憲法条項が具体的な権限を付与したのかには争いがある。憲法二条は、大統領に二つの地位、つまり執行権の長と最高司令官を与え、その具体的権限が何たるかは明記していない<sup>29</sup>。ただ、大使接受条項など個別の規定があり、さらに包括的に法誠実執行義務条項があり、こうした個別の規定を義務とみるのか権利とみるのか、はたまた事務的 (ministerial) とみるのか、あるいは地位を規定することは包括的権限を前提としているのか、憲法解釈の議論となる。憲法上大統領に固有の法的権限が与えられているとすれば、これを立法で規制することは権力分立の問題を惹起する。

さて承認権の根拠とされる三つの条文について、本件判決も含め、大統領の排他的権限とする一義的な根拠には

なりえないとみるのが通説であろう。レンスティンは、これらの条項の意味を制憲プロセスでの考え方と当時のアメリカの安全保障環境を重視しながら検討する。そして、承認権は単に外国政府を認めるに止まらず、戦争を始めたる果実をもたらし、外交安全保障政策に大きく影響したことを知っていたとし、大使接受条項は執行権限を賦与したのではなく事務的なものとされたと結論付けるとともに、EVCが独立した大統領権限を賦与したとする証拠もないとする。<sup>③①</sup>ではなぜこうした重要な承認権を明確にしなかったのか、憲法の沈黙の疑問が生じる。これはmysterious（不可思議）だとしながらも、憲法の起草および批准の過程で承認権は議論されなかったものであり、それは当時、できたてのアメリカにあつて特に関係があるとは思えられなかったからではないかとする。<sup>③②</sup>

アドラーは大統領の承認権は事務的であるとして、本判決を批判する。彼の持論は次の如くである。承認権「は国際法の前提によって確定されて、基本的に事務的（ministerial）な性質のものであつて、ほとんど自由裁量の余地がなく、承認行為を支配する政策を決定する権限を含まない。大統領の承認権は外国の政府又は国家に対して承認を与える憲法上さまざまな手法の一つでしかないのであつて、したがって排他的権限とはならない」。<sup>③③</sup>条文や制憲者意思は承認権を大統領に認めたとしていないのは明らかだとする。

大使接受条項は承認権を前提とする根拠として説得的なようにみえるけれども、同条項にそうした意図はなかったことは、ハミルトンのフェデラリスト・ペーパーズでの言で証明されよう。いわく、<sup>③④</sup>「大統領はまた、大使その他公使節を受け受ける権限がある。これは、なるほど多くの争論を呼んでいるけれども、権威に関するというよりも尊厳のことなのである。それは政府の運営に何ら帰結をもたらさない情勢的なことなのであつて、そうするほうが、離任する前任者に単に取つて代わるものにすぎずとも、外国使節が赴任するたびにいつでも、議会あるいはその一院を召集する必要性を持つよりはるかに便宜なのである」。ちなみに一七八一年の連合規約（Articles of

Confederation) は承認権に言及はなく、大使の派遣接受は、宣戦講和の決定や条約や同盟の締結とともに、連合会議の権限とされていた。<sup>(35)</sup>

J・ストーリーは議会と大統領、どちらの排他的権利かについて、はっきりしていない。いわく、大使接受はデリケートな作用で戦争や中立といった国際状況が絡むとし、「新たな国家あるいは大臣を認めるといふこの特権の行使は、大きなデリカシーのある執行権の作用であり、最高の慎重さと注意を要する。」「大使接受は新国家の事実上の主権を認めることである」。こうした承認がなされれば、それを否認する議会の行為によって覆されない限り、国家にあつては完結する。他方、そうした承認が執行権によつて否認されれば、議会はそれにもかかわらず、この国家の主権を厳粛に認めることができるといわれている。「しかしこれは正しいというわけではなく、いまなお開かれた議論 (open discussion) である。ただ」憲法は執行権に大使接受の権限を明文で与えた。明文上は、議会にはそれらを認めたり否認したりする権限を賦与していない<sup>(36)</sup>。

外国からの大使や公使の接受は、外交関係の構築という法的効果をもたらすようにみえるけれども、現代の国際法ではそれぞれ別個であつて、また「国家承認と外交関係の開設も制度的にはそれぞれ別の行為である」<sup>(37)</sup>。一九六一年採択の「外交関係に関するウィーン条約」は、「諸国間の外交関係の開設及び常駐の使節団の設置は、相互の合意によ」としている (二条)。

いずれにせよ、条文や制憲者意思で承認権が大統領の権限である、さらに排他的権限であると読む解釈は、導き出せない。それをサポートするような証拠も見出されないのである。<sup>(38)</sup>

### 3 制憲後の運用の歴史

本件判決は条文も制憲者意思も、いずれも決定的ではないとしたうえで、制憲後の運用解釈の実務的積み重ねを根拠として、大統領の排他的権限が憲法だと解する。これは歴史をどう解釈するか要素もある。レンステインは、本件判決の理解が妥当でないと批判する<sup>(39)</sup>。本件判決はなるほど大統領が承認権を行使してきたが、議会がこれに忍従してきたし、また四回は議会が承認権を専権的に行使したとする。その第一回目が、一八〇〇年、フランスとの *Quasi-War* (擬似戦争) の時に、スペインとフランスの間で争いがあつた *Santo Domingo* サント・ドミンゴ にフランスの主権を認めた立法を制定したことである。第二回目が、ハイチの独立の主張を否定してフランスの植民地だと明白に示したハイチ通商禁止法 (*Haitian non-intercourse law*) の制定である。三回目がリンカーン大統領時のハイチ承認、四回目が一八九八年のキューバがスペインから独立したとする合同決議の採択であるとしている。

本件判決は大統領の排他的承認権行使の先例として、一七九二年から九三年の中立危機 (*neutrality crisis*) でのワシントン大統領のケースを第一に挙げる。彼は合衆国の代表者としてフランス大使ゲネを接受した。革命でルイ一六世を処刑し、新たに国民議會を創設していた革命政府は、イギリスが率いる連合軍と戦争を始めており、承認は外交問題になるが、議会のメンバー等とも相談の上、ワシントンはゲネを接受した。この時ワシントンは、革命政府を承認するのに大使接受条項を根拠としない一方で、国際法を援用し、国際法は自力執行力のある国内法だとしたうえで、<sup>(40)</sup> 大統領には法を誠実に履行する義務があるとした。しかるに、この事例は大統領が裁量的に承認権を行使したのではなく、国際法(法)を履行したのであって、排他的に承認権を行使したものではないし、何より

もワシントンが中立宣言を出した時、議会は開会されていなかった。<sup>(4)</sup>

一八〇〇年、Quasi-Warの時、議会は其の戦争権限と外国通商権を行使して、サント・ドミンゴがフランスの植民地であると宣言するとともに、フランス及びその植民地との通商を禁止する立法をなした。一八〇〇年法はサント・ドミンゴにフランスの主権が及ぶとした、まさに議会の承認権の初の行使例であり、その後、二回、すなわち、一八〇六年にハイチがフランスから独立したのを否定する法と、一八六二年にハイチを独立国家として認める法を制定して、承認権を行使したとする。<sup>(42)</sup>

本件判決は第二の承認権の排他的行使の例として、一八一七年のモンロー大統領を挙げる。ラテンアメリカがスペインから独立するとの下院議長Henry Clay<sup>H・クレイ</sup>の立法案がモンローによって潰されたのは、大統領の排他的承認権を議会が認めていたからだとする。<sup>(43)</sup>しかし、モンローは排他的権利と公言したことはなく、むしろ議会との協働を志向したのであつて、クレイも、承認権が大統領の排他的権利と認識したから、議会が破れたというわけではないとしている。<sup>(44)</sup>本件判決は、ジャクソン大統領のテキサス併合も排他的権利として行使した例だとする。<sup>(45)</sup>しかし、メキシコ軍を負かしてテキサスがメキシコから独立したとの承認は、彼が承認の決定で議会に折れたのであり、排他的権利だとの憲法解釈は持ち合わせておらず、また、議会に戦争権限を認めていて、承認権はこの戦争権限に結びついたものだから、承認権は議会にあるとまで述べている。<sup>(46)</sup>

さらに本件判決は、リンカーンの一八六一年のリベリアとタヒチの承認の例を挙げる。いわく、「リンカーン大統領は、議会がその歳出権をリベリアとハイチについて自分がした承認をエンドースするように行使するよう要求することで、議会との調和 (coordinate) の望みを表明した」<sup>(47)</sup>。これは議会との協調を示し、議会の指示を不可欠と考えており、憲法というよりも政治的配慮に動機づけられているとしている。<sup>(48)</sup>

一八六四年と一八九六年に議会在が承認権を行使するのを執行権が自らの承認権を侵すとして楯突いた事例を挙げ<sup>(49)</sup>る。一八六四年、議会下院が Achuke Ferdinand Maximilian von Habsburg をメキシコ皇帝とは認めないと決議したので対して、承認権は執行権の専権だからこれを侵すものだとし、上院では可決されなかった。その時の国務長官<sup>W・スワード</sup> William Seward はフランス担当長官<sup>W・デイトン</sup> William Dayton に、この議会の決議は承認権が大統領に専属する以上、アメリカの外交政策に何ら変更を及ぼすものではないとフランス政府に説明するよう訓令している<sup>(50)</sup>。一八九六年にキューバを承認する合同決議についても、同様に執行権の承認権を侵すとし、かかる決議は助言的意味しか持たないとした。一八六四年の事例では、議会在が自らに権限がないから廃案にしたとの証拠はないし、外交委員会では、「議会在は新政府承認を含む外交政策に権威ある声をなす憲法上の権利を持つている」と述べている<sup>(51)</sup>。キューバ承認は、上院内での対立や上院多数派と大統領や下院との争いの複雑な議会在での審議の結果であるが、上院で採択されることはなかった。しかし、下院との妥協でキューバがスペインの植民地支配から脱したとする議会的承認権行使の第四の事例で、しかも大統領に対峙した最初の事例である<sup>(52)</sup>。

レンスティンは ProCon を志向しているけれども、大統領の承認権も否定しておらず、いわば競合的領域として、ヤングスタウンのジャクソン判事の分類でいえば、第二分類の twilight zone（曖昧領域）と理解しているように見える。したがって、その領域にあつては、制定法の明示に意思があれば、大統領はこれに服することになる。外交（foreign affairs）とすれば大統領に残余的に絶対的権限が認められ、憲法で明示された制約にのみ服することになる<sup>(53)</sup>。

外交が国内にも少なからず影響する現実をみると、抑制と均衡の権力分立のシステムにあつて、二院制と議会在提示（presentment）の高いハードルが、制憲以来そうされているように、大統領の自らの固有の権限の行使にも



途切れない議会関与を十分に保護していることに思いをはせるべきとして、本件判決を疑問視するものもある。<sup>(54)</sup>

イギリスの憲法では、国王が議会の関与なしに国防や外交の権限を行使できる伝統がある。現在はそうした大権といえども、議会の立法に服することになっている。<sup>(55)</sup> しかし、アメリカ憲法制定時、制憲者が解釈していたイギリス国王の権限は相当に広範であり、議会の関与は受けないものと認識されていた。強力な執行権を説くハミルトンでさえ、大統領は少なからず議会の制約を受けたり、協働で権限を行使したりする構造になっており、イギリス国王と同一視することはできないと断言している。<sup>(56)</sup>

条約締結や高級幹部の人事は上院の承認を要する（憲法二条二節二項）。一方で、最高司令官や行政権の長については議会が関与する規定はないので、これらは固有の権限だとの解釈が成り立ちうる。これが大統領権限と権力分立の問題の要諦ともいえる。ただ大使使節接受条項（二条三節）にも、議会の関与は求められていないけれども、権限というよりは威厳の問題とするのが制憲者意思といつてよからう。<sup>(57)</sup>

ProExeの本件判決は、二〇世紀以降の外交や国際関係の領域では執行権の専権となるこの憲法解釈に依拠する。憲法史研究のホワイトによれば、外交権に関する一九世紀のオーソドックスな憲法解釈は、三つの要素からなる。<sup>(58)</sup> 第一に、外交権の行使は立憲的行為であって、憲法条文中に列挙され包含された留保権限に基づく。第二に、国際関係の構築は基本的に条約締結権の行使として認識される。第三に、条約締結権はなるほど連邦に留保された権限であるけれども、連邦政府の外交権の行使は、憲法が創設した主権構造にあって州に留保された権限を尊重しなければならない。これが二〇世紀になって第一次世界大戦を経過したところから徐々に崩れ始め、二〇世紀のオーソドックスを形成したという。それは、憲法条文の列記した事項よりも、固有性（inherent）にこだわるようになったことである。<sup>(59)</sup> 条約締結権は憲法条文以前から主権国家として当然存在する。国際関係が憲法的とか法的とかいうよ



り、政治的であることが強く認識され、アメリカの国際関係の形成力や処理能力の重要性が国際社会で断然増大した変化がある。外交権には国際次元と憲法次元の二つがあり、憲法上の権限と憲法理解（constitutional understandings）は区別され、後者が実務を支配するようになる。条約ではなく行政協定（executive agreement）で国際関係が多く処理されるようになり、憲法上は、行政権の長とか最高司令官といった憲法二条の包括的規定でそれが正当化されるようになる。これが *Curiss-Wright* のサザーランド判事の「唯一の機関」につながり、外交に關する執行権専權へと展開されていくことになるとする。<sup>(61)</sup>

ハミルトンは大統領の徳や誘惑にかられることを懸念して、大統領「一人の掌中に、世界各国との交渉といった微妙で重要な利益をまかせるのが国民にとり賢明なことだとするほど、人間の徳性を高く評価する意見は、現実の人間行為についての歴史に照らした場合、正しいとは言えない」としている。<sup>(62)</sup> これは条約締結権について述べたもので、憲法がこれに上院の承認という法律要件を置いていることの意義を説いている。もとより外交権がすべて大統領の専權で排他的な權利なのではない。憲法はこの条約締結権のように上院の承認を必要としていることがあり、その意味では議會もこれを有するし、協働といえる。ただ、承認権は憲法に規定がなく、上院をかかわらせる規定もない。アドラーはハミルトンのこの言を引いて、制憲者は外交を大統領一人の排他的権限とするのを否定したと説く。<sup>(63)</sup> しかし、承認権は憲法に規定がなく、裁量的決定を要しない事実行為とみれば、議會の関与を特に主張する法的意義はないように思われる。本件判決は法的行為とみて、それは対外的にアメリカを代表する唯一の機関である大統領の排他的権限（power）とみなした。これも一つの論理である。

#### 4 承認権と司法権…政治とコモンロー

承認権は議会にせよ大統領にせよ、政治部門の判断であって、司法権の権限ではない。しかし、コモンローの訴訟で外国法の適用が問題となった時、当該外国が主権国家（政府）としてアメリカが承認したのが論点となり、そうでない時、その法を適用できるかは訴訟の前提として重要となる。本件判決は言及していないが、少なからず判例がある。一九世紀、Alagon 侯爵の称号がスペイン王の命令に基づくのが争いとなった。最高裁は、条約を締結した者が主権を行使する政治体制にあったかは政治的判断であって、裁判所のなすところではなく、条約を無効にすることはできないとしたうえで、大統領と上院が条約を正式に締結できる国家であるかを判断するのだとし、裁判所はその判断を前提に訴訟を処理するとした。<sup>(64)</sup> アメリカの船がサンフランシスコ港でナポレオン三世の所有するフランス輸送船と衝突し、後者に過失があるとして損害賠償責任が認められたのに対して、ナポレオン三世がアメリカの裁判所に提訴した事件では、彼自身は退位したが、統治権 (reigning sovereign) は国家主権であり、それは継続し永久であって継承されるものであるから、本船の所有者はフランスの主権者としてのナポレオン三世だとし、所有権はフランス国家に帰属するとした。<sup>(65)</sup>

ロシア革命で樹立された新興のソビエト連邦（ソ連）を、暫時、アメリカは非合法暴力で政府を倒したとして認めなかったときに、国家承認が連邦制との絡みで問題となった。一九三三年、ローズベルト大統領はソ連を承認したとき、政府間で Litvinov Agreement (L A) を締結し、ソ連のアメリカにおける資産（銀行口座など）の回収をアメリカが行うことが約束された。しかし、ニューヨーク州は州の政策としてこれを認めないとしていた。最高裁

は国際的な行政協定は州憲法の損失補償規定に勝るとし、州内の財産権に関する債務者の請求に関する州の政策は国際協定によって影響を受けるのであって、無関係だとした<sup>(66)</sup>。外交関係での権限行使は司法による精察には開かれておらず、外国の主権の承認は完結的で裁判所を拘束する。L Aは執行権が唯一の機関として語れる権限をもつ仕業である。国際協定は全て条約と同じように扱われる最高法であり、国際関係の全権は国家政府にあるのであって、何ら州の干渉を受けない<sup>(67)</sup>。

これは同様なケースでも踏襲される<sup>(68)</sup>。「外交関係の行為での大統領の権力は、上院の承認なく、ロシアの国有化命令に関するアメリカの公政策を決定する権限を含む」み、「承認の問題を支配する政策を決定する権限を含む。… L Aと承認は相互に依存しあったものである (interdependent)。(本法廷が) この決定は最終的ではなく裁判所で完結すると判示しようものなら、執行権を篡奪することになる<sup>(69)</sup>」。

承認権がからむことには、裁判所は、二〇世紀、特に *Curtiss-Wright* 事件以降、大統領の決定を完結として扱い、その是非は論じないとしているようだ。承認権は政治部門、とりわけ大統領の権限行使として、それに基づく決定は裁判所を拘束する<sup>(70)</sup>。ただ、*コモンロー*の訴訟では、政権が替わって、たとえアメリカがその政府を承認していない段階でも、当該国家の当事者能力を認めているようである<sup>(71)</sup>。

承認権の所在がどこにあるかの判断はP Qであり、裁判所が判断し得ないものなのか。第一次訴訟で、第一審と第二審はここでわかれた。思うに、それぞれが本件の本質を異なって理解している。第一審は、エルサレムがイスラエルなのかを判断しなければ、本件の終局的解決はないとみた。第二審は、外国政府承認権は憲法上どこが有するかの問題とみた。最高裁は第二審を根本的に支持し、承認権の帰属はどこなのかを訴訟物だとして差し戻した。これは権力分立の憲法解釈の問題である。第二次訴訟で、司法権が外交政策にかかわりかねない事件でどのような

態度をとるのかも、興味深い。

本件では、エルサレムの主権はイスラエルなのかの判断が求められているのではない。それは事実 (de facto) の問題であって、また国際法上の政治的判断であって、憲法上それは司法のなすところではないとされよう。エルサレムの地位は、「この国が何十年もの間直面してきた、隔靴搔痒の (vexing) 最も爆発しやすい困難な外交問題なのである」(Donald B. Verrilli Jr. 訟務長官)<sup>(72)</sup>。

エルサレムは約三千年前、ダビデ王によってユダヤ人の首都として建設され、その後二千年ほど前にローマ帝国が奪取してから、多くの国家や帝国によって支配され、主権が確定して安定したためしなかった。<sup>(73)</sup> ユダヤ人が多く暮らしており、一九五〇年にユダヤ人国家の首都となる。アメリカは、トルーマン大統領が一九四八年にイギリスにならってイスラエルを国家として承認し、エルサレムがイスラエルの占領下にあることを認めている。<sup>(74)</sup> しかし、同時にエルサレムが国際化されるべきとした。<sup>(75)</sup>

議会は一九九五年にエルサレム大使館法を制定し、事実上イスラエルがエルサレムに主権を有することを承認する法を、下院で三七四対三七、上院で九三対五で可決している。<sup>(76)</sup> 同法は「アメリカの政策声明」として、(1) エルサレムはすべての民族宗教集団の権利が保護される不分割 (undivided) の市であり続けるものとする(2) エルサレムはイスラエル国の首都として承認される(3) イスラエルのアメリカ大使館は一九九九年五月三一日までにエルサレムに建設されるものとする、とした(三条)。そして「海外建築物の取得及び維持」の予算からエルサレム移転建設の費用として、九六年度は二千五百万ドル、九七年度は七千五百万ドルが、充てられるとした(四条)。<sup>(77)</sup> ただ当時の大統領クリントンは、大統領の外交遂行権を侵害し、違憲な条件の議会の歳出権の行使だとしており、その後の大統領のブッシュもオバマも、同法の執行をサスペンドしている。同法七条aは、アメリカの安全

保障の利益を保護するのに必要な限りで、大統領に六カ月を期限とするサスペンドの権限を認めており、これを使用しているのである。<sup>(18)</sup>

同法の履行を求める法案が、本件判決前後にも下院に「エルサレム大使館承認法案」として出されている。<sup>(19)</sup>その憲法上の根拠として、議会の権限と定めている、共通の防衛と一般福祉のための課税権（憲法一条八節一号）、必要かつ適切なすべての法律を制定する権限（一八号）、国庫からの支出は歳出予算法に従うこと（九節七号）の条項を挙げている。

本件判決は、エルサレム大使館法の論点には直接関係せず、大統領の承認権が議会の歳出権で規制されうるかは判断していない。ただ必要適切条項（憲法一条八節一八号）から議会に承認権があることや、大統領が有するとし、たうえでその承認権を規制しうる権限があることは、否定したと解することができるであろう。

## 四 パスポート規制権との関係

### 1 Tate判事の本件判決での補足意見<sup>(20)</sup>

本件判決で テイテール Tate判事は ProExe の解釈に賛成するも、議会のパスポート権の考察が必要だとの補足意見を述べている。以下これを見ることにする。

たしかに、憲法上、議会の移民や外国通商、帰化の権限はパスポート規制権の授権を内包する。しかし、その行使の仕方は憲法に反してはならない。議会にパスポート規制権があるとの主張は二一四条d項の合憲性を解決しな

い。問題は、二一四条d項での議会のかかる権限の行使の仕方が執行権の承認権を侵害していないかである。

まず、承認権の所在について、判例は明確ではないけれども、下級審の判例も含めて広く外交の専権を示唆する積み重ねから、多数意見に賛成する。問題は二一四条d項がこの大統領の排他的権利である承認権を侵害していないか、である。FAMは明らかに、エルサレムは主権国家に属するものではないとする執行権の決定を履行するものである。他方、ジヴォトフスキー（原告）は、大統領の承認権が排他的であつたとしても、ある領域が特定の主権国家に属するかを決定する権限まで含まず、外国の組織を主権と認める権限であつて、主権国家の国境を決定する権限は含まれないと主張している。だが、これは詭弁であつて、国家を承認するということはその国境を認めることが前提となる。むしろ、補助参加人がいうように、エルサレム生まれの個人に出生地をイスラエルと選択させても、エルサレムにイスラエルが主権を有しているのを認めたことにはならないから、大統領の承認権も侵さないと主張は、まともなようにみえる。パスポートの出生地の欄は個人を特定するためのものである。しかし、このことが承認権と無関係とはいえない。いかなる状況であつても、個人はアメリカの承認政策に反する出生地の指定を選択することはできない。

原告は、台湾が認められているのは一貫していないと言う。しかし、政府は台湾を中国内の区域と認めているから出生地のリストに挙げているのであり、しかもそれは政府の承認政策に合致する。「國務長官の政策は個人の識別と承認 (identification and recognition) にかかわるのだから、議会は承認権に干渉しない出生地欄について何らかの立法をなすことはできるだろう」<sup>(8)</sup>。二一四条d項はこの承認権を侵してしまったのだ。この制定法は政府（執行権）の長期の政策実務を逸脱するもので、大統領の中立政策に影響をもたらすと述べている。<sup>(9)</sup>

タイトルの補足意見は、パスポートの法的意義に着目している。パスポートとは、「個人が外国に出入する旅行

ができるように、当該人物の身分確認や市民権を証明する正式書類」で、国籍を証明する普遍的に認められた証拠となり、海外で支援や保護をうける権利を付与するものもある。<sup>(83)</sup> パスポートには、①所持人がアメリカ国籍であることを正式に証し、②関係者に対して所持人の保護を求めるよう要請し、③アメリカ政府が他国の者より大きな支援を得るよう政府が要請する、との三つの目的があり、①の目的にのみ法的意義がある。<sup>(84)</sup> パスポートは法的には、「書式を問わず、所持人の国籍とアイデンティティを証する国務長官の権限で発せられた旅行文書 (a travel document)」と定義される。<sup>(85)</sup> 法律で国務長官 (及びその指定する者) が大統領の定めた規則に従って発給し、法律に特別の規定のない限り、アメリカと戦争していたり、敵対関係にある国や公衆衛生や邦人旅行者の身体的安全に差し迫った危険があるといった領域を除いて、旅行先国は制限されない。<sup>(86)</sup>

パスポート法ではこの制限事由について、特に国家の安全保障上の利益で制限されるかが問題になる。反政府キヤンペーンを行っている元CIA職員のパスポートは、所持人の海外での活動が安全保障に深刻なダメージを与える時にはパスポートを返納させうるとした国務省規則に従って取り上げた事件で、最高裁は今言及した法の趣旨に反しないとし、パスポートの返納が法の適正手続、旅行の自由、言論の自由といった憲法上の人権に反するものではないと判示している。<sup>(87)</sup>

本件で問題となっている法(二一四条)がパスポートのみに関するルールだとみれば、そこにエルサレム・イスラエルと書くことが国家承認の法的意義を直接持つのかは疑わしい。法的にはパスポートは個人の国籍とアイデンティティを証するに過ぎないからである。もともと、パスポートは政府が発する重要な公式の文書でもあるから、そこにそうした記載をすれば、他国からイスラエルのエルサレムに対する主権をアメリカ政府は認めたと受け取られかねない。ただこれは事実の問題である。パスポートの法的意義に関しては問題外のことだとみれば、二一四条



d項を承認法とみない限り、本件判決のように大統領の承認権といった憲法問題にまで踏み込む必要はなくなるといえる。

国家承認を議会が制定法あるいは議決で行ったとしても、大統領に全く異存がなければ憲法問題は生じない。本件は、制定法は正式に成立しているが、政府（国務省）がこれに従わず、これまでパスポート規則（FAM）で実践してきたことで争いとなった。複雑なのは、その制定法に大統領は署名していることである。拒否権行使も、訓示的な規定と看做すとの措置もしていないことは、自らの承認権を防御する意思がなかったことにならないか。この点はやはりしつくりこないように思える。

## 2 台湾関係法

二二四条のモデルとされているのが、一九九四年制定の台湾のパスポート法である。<sup>(87)</sup>それは、「台湾で生まれたアメリカ市民の国籍の証明又は出生の登録のために、国務長官は出生地を台湾と記録することを認めるものとする」と規定する。<sup>(88)</sup>原告は、国際関係に損害を及ぼすとする被告側の懸念は誇張であり、というのも、二二四条d項は、台湾で生まれた者を「中国 China」ではなく「台湾」と記せとの指令とは異なるし、そうしても平和は保たれていると主張する。<sup>(89)</sup>政府側は、パスポートにそう記すのが台湾を中国の一部とするアメリカの政策に合致すると決定した後でのことであり、二二四条d項はエルサレムに関するアメリカの中立政策に符合しないのだとすると判断し、裁判所には外交への影響度を判断する能力はなく、ただ二二四条d項が執行権の外交政策を変更させようとするものだと判断を基礎とした。<sup>(90)</sup>



深刻なのは台湾関係法（T R A）<sup>(94)</sup>だとするのが、レンスティンである<sup>(95)</sup>。一九七九年、カーター大統領はP R Cを承認し、一つの中国とした。これを受けて制定されたT R Aは、P R Cの台湾での主権も台湾自治政府も認めない執行権の外交政策に反して、台湾を自治の（self-governing）主権的組織体として機能するものと扱い、台湾の法を完結的に有効な法と認めて、台湾の自衛に十分な国防協力を約した。台湾との条約や国際取極めも維持され、ビザにも便宜が図られた。もつとも、大使公使の接受といった正式な外交関係は確立せず、代わりに、そうしたものに相当する「台湾アメリカ機構（American Institute of Taiwan）」（D C法に基づく非営利法人）を創設した。一方、政府の一つの中国論は揺らぎ、一九八二年の米中共同コミュニケは、アメリカの台湾政策は変わらず、P R Cが台湾に主権を持つと正式には認めないとしているし、レーガン大統領は一つのP R C、一つの台湾とする「二つの中国」政策を追求した。T R Aは、なるほど執行権の承認権をひっくり返すものではないけれども、台湾に事実上、主権の属性すべてを認め、P R C承認と台湾非承認の大統領の決定をどのように遂行していくかを決するものだ<sup>(96)</sup>と主張するのである。

最高裁がT R Aをどうみるかは興味深い。ただ、次にみる口頭弁論では、原告側がパスポートの出生地を書くことは承認権と関係ない例としてこの台湾の例を挙げたのに対し、ギンズバークは、それは全く実証にならず、P R Cも台湾も初めから中国は一つとしており、台湾は場所の名前（place name）でしかないとし、ブライヤーも、反証（counterevidence）にならず、F A Mは大きな権力、すなわち、この場合中国について、争いがあるときはより小さな出生地にせよとしており、台湾に政策上争いがあるとは思えないとして、本件判決のテitel判事の意見を踏襲している。T R Aの違憲性は問題となっていない。しかし、T R Aが承認権にかかわるものであると認め、承認権が本件判決のように大統領の排他的権利だと解釈したら、T R Aとの整合性の問題は避けて通れないのでは

なからうか。

### 3 最高裁の口頭弁論での議論

二〇一四年一月三日十時四分から一時間、原告（上告）側代理人 <sup>ル</sup>Alyza D. <sup>ウ</sup>Lewin と被告側の訟務長官 <sup>ヅ</sup>Donald B. <sup>エ</sup>Verrilli の口頭弁論が開かれた<sup>⑧</sup>。争点は、二一四条d項が大統領の承認権を侵害し権力分立に反する違憲な立法なのかにある。

原告側は、この立法は当該地域の主権の地位を指定するアメリカの正式な国家承認には当たらず、議会の帰化や外国通商の規制権限の行使にすぎないとする（3）。この立法は、イスラエルで生まれたと自分が選択したのに従って自己同一性確認の権利を個人に与えるために創設されたもので（15）、個人は自分のパスポートに選択した個人の同一性確認（self-identification）の能力を持つからである（22—23）。<sup>ケーガン</sup>Kagan 判事の整理では、「さわめて選択的なヴァニティ・プレート（vanity plate）（固有のあるいは個人的な文字や番号等を連結したのを車のナンバープレートにする—筆者）法」であり（16）、ロバーツ首席判事によれば、「パスポートは一義的に自己同一性確認の目的で使用される」となる（22）。原告は台湾を例に出す（8）。出生地を台湾と記載したからといって、国家を承認したことになる。しかしこれが一蹴されたのは、今見たとおりである。

原告は敷衍して、パスポートは所持人の情報を外国政府に伝える（communicating）目的で、その個人をアメリカ市民として認識するものだとする（21）。これを受けてケーガンは、パスポートはまさに外交上のコミュニケーションであるとしたうえで、「議会が他にそのような外交権限を持つていようと、外交上のコミュニケーション

は大統領にのみ属するのであって、この限りでわれわれは一つの声で語るだけである」と述べている(21)。

原告は、原審が承認権は大統領の排他的権利だとしたことを正面から攻撃せず、かわりにパスポートの規制権をその意味から説いて議会の権限だとし、承認権に触れないようにしている。ただ次のように主張している(18—19)。「権力の均衡が機能する仕方は、執行権が主権を承認する権利をもつことである。しかし、議会が議論し、立法を可決し、その立法が法律としてサインされたなら、議会の立場が優越することになる」。これにケネディ判事が、「本件は承認権に関するものではないとしているのではないか」と聞き返したのに対し、「承認権に関するものでないなら、その時議会は自らのパスポート権限(authority)に基づいてそうした立法を可決させる権限を有する」(19)と返答している。エルサレムをイスラエルとすることは、エルサレムという区域にイスラエルの主権を認めることになり、それは国家の主権の境界を決めることになるから、承認権の行使になるように思われる。ではその承認権は憲法上誰が有するのか、どのような配分になっているのか。これは判断せねばなるまい。もつとも、原告側は最後に戦略を披歴する。まず、本件は承認権の問題に至らないとする。これがだめで権力分立の問題となれば、議会の判断(立法)が大統領の承認権の行使を凌駕すると主張する(53)。

これに対し被告国側は、二一四条d項は政府の外交政策を変えるものではないとし、また出生地のリストアップは深刻な外交上の帰結をもたらしたうたとし、執行権の機関にその立場に反する公式の外交コミュニケーションを強いることで、公式の承認の立場に効力を持つ大統領の権限を否定しようとする、違憲な議会の立法権の行使だと主張する(25—27、35)。議会のパスポート規制権は認めるも、この種の多くの議会制定法は外交政策を変更したり影響を与えたりするものではないから、憲法上問題ない。しかし、本件立法はそうではないので問題となる(27—28、34)。

ロバーツは、そう解するならなぜ大統領はこれに署名したのかと詰めた。これには、二〇〇二年、*signing statement*で、大統領は「これはわれわれの公式の承認政策を変更するものではなく、われわれはこれは訓示的 (*advisory*) として扱っており、(法的な一筆者) 効力を持たない」と切り返している (29)。

被告は大統領の承認権の排他性を思ったほど強く主張していないようだ。むしろ、議会も国家承認の立法を行うし、それはかまわない。本件で問題なのは、大統領が苦心して長年保持してきた、トルーマン以降のエルサレムでの主権の認識を変更するように強いる点であり、これはアメリカを対外的に代表する声である大統領の信用を損ねることになる。パスポートの第一の目的は個人の同一性確認証明であるけれども、本件 (全てのパスポートに関する立法ではない) は承認の立場を内包する公式の外交政策に強く影響することが問題だとする (36—37)。「大統領は自らの承認権に実効力を持たせる権利があり、議会は大統領の決定に反するように行動するのを執行権に命じようとすることはできない。…承認は法制定ではなく執行作用 (*executive function*) なのである」(40—41)。憲法は大使任命などでは上院の関与を明示しているけれども、それ以外はないのであって、構造的に大統領の承認権行使に議会の関与は必要とされない。「議会はパスポート規制権限を有する。議会は、承認に関する政府の公式の立場に矛盾する外交的コミュニケーションをなすよう執行権に指令する権限は、行使できない」(42、45)。

本件判決の上告審の口頭弁論での対立は、承認権が大統領の排他的権利かどうかよりも、二二四条d項が単なるパスポート法なのか、それとも承認権を規制する法なのかにあるようにもみえる。スカリアがいうように (34—35)、原告の言う通りなら大統領が承認権に排他的権利を持つかという憲法問題は判断しなくてすむし、被告の言うように承認権を規制するものなら、そうした権力分立の問題を判断しなければならないことになる。被告は承認権が排他的であるとの判断を求めている (35)。二二四条d項が大統領の公式の承認の立場を変更させる、あ

るいは外交上のコミュニケーションにこれまでと異なる立場を要求している点で、大統領の信用を損ねることを問題にしている。

焦点は、二一四条d項を大統領の承認の公式立場を変更させる法的なものとみるかであろう。トリッキーなのは、二一四条d項は法であるけれども、*signing statements*では拘束的とは解しておらず、大統領は承認の立場に何ら変更をもちたさないとしていることである。<sup>(9)</sup>原告も大統領の承認権に影響をもちたさ意図はなく（本件判決は総合的に判断してそうする意図があるとした）、そう考えれば二一四条d項は出生地を所持人の身分証明のために明示する意味でしかなく、何ら憲法問題を提起しないこととなる。最高裁がどう判断するか、どのように意見が分かれるのか、興味深い。

## 五 むすびにかえて

エルサレムにイスラエルの主権が及ぶかの問題に象徴されるように、承認権は軍事政権を国家（主権）として認めるかなど、内戦や戦争にコミットしかねないセンシティブな決定を含む。承認権の行使が内政干渉や国際紛争にコミットすることにもなりかねない。アメリカが不承認政策（例えば一九七〇年代カーター政権）をとることがあるのもうなずける。

憲法上制憲意思も条文も明確でない承認権の所在は、こうした承認権の微妙な機能に鑑みれば、司法的判断になじまない政治部門の決定だとすることにさほど異論ないとしても、議会と大統領のどちらに究極の決定権があるのかの憲法問題は慎重な検討が要請される。過去の慣例に依拠して外交に専権を有する大統領に固有な権限と解する

のはためらわれる。<sup>(10)</sup> この判断を求められている最高裁は、戦争権限の所在の問題と同様に、<sup>(10)</sup> これをうまく避けるやり方もある。

では議会は外交に関していかなる権限を有するのか。本件判決は大統領の排他的権利としたし、判例は対外的には大統領は唯一の機関としている。しかし、本件判決は議会の権限には触れていない。外交では立法が規制できる範囲は制限されとしても（無論どこまでかは明確ではない）、議会は大統領の決定の実行に対して予算を付けないとする武器は持っている。本件判決で外国政府承認権は執行権の排他的権利であると決着させたものの、それ以外の外交行為に議会がどこまで関与できるかの問題は、依然暗澹としているのである。

(1) *Zivotofsky v. Secretary of State*, 725 F.3d 197, 205 (D.C. Cir. 2013). 承認しなければ、アメリカにあって、「それは当該政府が支配しようとしている領土に主権を有すると述べるのを認める意思がないことを意味する」。Id. 一方、承認された主権国家は、アメリカで訴訟が提起できたり、主権免責を主張できるなど、利益が生じることとなる。

(2) 杉原高嶺『国際法学講義 第二版』（有斐閣、二〇一三年）二〇二頁、二一〇頁。政府承認と同義で使われることもある（イスラエル建国のアメリカ承認）。同上書、二二四頁。国家承認についての内外の国際法学説について、多喜寛『国家（政府）承認と国際法』（中央大学出版部、二〇一四年）参照。国際法では、国家承認、政府承認、外交関係の樹立は区別される。THOMAS M. FRANCK, MICHAEL J. GLENNON AND SEAN D. MURPHY, *FOREIGN RELATIONS AND NATIONAL SECURITY LAW* 1096 (3rd ed. 2008). べらは同時になされることもあるし、外交関係の樹立にだけ前二者を含ませることもあるが、国際法上どうすべきかなど、規定はない。アメリカ憲法も外国の大使公使の接受は規定しているが（二条二節）、前二者には規定はない。Id. at 1097.

(3) 南北中央アメリカはモンテヴェイデオ条約（Convention on the Rights and Duties of States, adopted by the Seventh International Conference of American States, Dec. 26, 1933, 49 Stat. 3097）を締結している。これは国家承認のモデルとみられている。国家の要件として、①永続的住民②明確な領域③政府④他国との関係を結ぶ能力、を有していなければならない（一条）。承認は「承認国が他国の人格を国際法に定める全ての権利および義務とともに認めること」と定義している（六条）。承認は

黙示的または明示的なされ（七条）、国の政治的存在はこの承認とは無関係である（二三条）。邦訳は奥脇直也・小寺彰編『国際条約集、二〇一二』（有斐閣、二〇一二年）九四頁、による。新政府がその国をコントロールしているかのみが、承認の規準とすべきとされる。M. J. Peterson, *Recognition of Governments Should Not Be Abolished*, 77 Am. J. Int'l L. 31, 50(1983).

- (4) 杉原、前掲(2)書、二一六頁。もともと、不承認だからといって司法の場で未承認国家の法を無視するというわけではなく、むしろ大陸法の立場にイギリス法も近づいているという。「私法関係の準拠法の決定は政府の承認とは無関係」なのである。同上書、二一九頁。承認が事実上の効果しか持たず政治的意味しかないとして、国際法上は意味を失っているともいわれるけれども、「国家承認は国交樹立に先立つ判断として今なお政治的重要性をもっている」。同上書、二二二頁。承認の問題は新たな政府あるいは国家が超憲法的な状況で成立した時生じるのであり、通常の立憲的手続で政権が誕生すれば、いちいち承認の必要はない。Michael E. Field, *Liberia v. Bickford: The Continuing Problem of Recognition of Governments and Civil Litigation in the United States*, 18 Md. J. Int'l L. & Trad. 113, 119-120(1994)。フランス革命時、アメリカはそれで成立した共和国を認めるか、建国当初からそうした非常な国家成立の国家を承認すべきかの問題に直面していたし、その後もテキサスやキューバ、ベネズエラなどの承認にも直面した。

- (5) 例えば、大石眞『憲法講義Ⅰ（第三版）』（有斐閣、二〇一四年）一二四頁。その前提となるアグレマンは、外交処理権を有する内閣の権限であるとする。接受とは「儀礼的に受け入れること」で、外国が候補者を示して相手国のアグレマンを得て任命し、正副二通の信任状とともに派遣され、副は外務大臣から閣議で承認され、正は大使公使みずからが天皇に奉呈する。小嶋和司『憲法概説』（信山社、平成一六年）三一四頁。接受とは事実上の行為である。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）五二二頁。

- (6) 政府の所管事項であり、閣議決定をへて外務大臣から伝達される。杉原、前掲(2)書、二二二頁。国会に対しては憲法上、報告にとどまる（憲法七二条）と解されよう。国家承認の手続を国際法は設けておらず、明示的と黙示的に大別される。日本政府は本年五月一五日、南太平洋の「ニウエ」を国家承認する閣議決定を行っている。これで、日本は一九五ヶ国を国家承認したことになる。

- (7) 日本国憲法は立法権と執行権（行政権（六五条））が一体となっているので、アメリカのようにこの両部門の権力分立の問題は先鋭にならない。承認権の議論は日本国憲法の解釈には直接示唆を与えるものとはいえない。その意味で本稿はさくぶるアメリカ憲法研究である。

- (8) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 320(1936). ざわく、大統領は、「国際関係の分野で連邦政府の唯一の機関として…排他的権限を」有する。法廷意見を書いた *Sutherland* 判事は、連邦政府の権限を対外的（external）と対



内的 (domestic) に分け、両者は根本的に異なり、前者に政府の大幅な裁量が認められるとする。Id. at 315. 相互に戦争しているパラグアイとボリビアへの武器禁輸を大統領に授権する議会法が、越権の大統領への授権だとして問題となった事件で、最高裁 (サザランド判事) は、外交に關して大統領はアメリカを代表する唯一の機関だとして、固有ともいふべき広範な裁量権を認めた。ただ、外交権 (power of external or foreign relations and affairs) がいったい何を意味するのかは、明確ではない。唯一の機関というとき、それはアメリカ国が他国と交流する時のチャネル、つまりコミュニケーションが大統領にあるということはできても、外交政策を形成する権限まで含むかは明確ではない。Malvina Haberman, *The Jerusalem Embassy Act*, 19 FORDHAM INT'L L.J. 1379, 1382 (1996). サザランドの唯一の機関論は英米法と歴史の誤った理解にあるとの批判もある。David Gray Adler, *George Bush and the Abuse of History: The Constitution and Presidential Power in Foreign Affairs*, 12 UCIAJ INT'L L. & FOR. AFF. 75, 105-106 (2007). See also, id. at n.97.

- (9) LOUIS HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE U. S. CONSTITUTION 43 (2nd ed. 1996). 教科書的にはそう言われ、一九世紀後半から通説となり、最高裁の見解も一九三七年以降そうなっている。Robert J. Reinstein, *Recognition: A Case on the Original Understanding of Executive Power*, 45 U. RICH. L. REV. 801, 802 (2011). 「承認権は、一世紀以上も執行権の外交政策の造兵廠 (arsenal) の重要な武器として、また、執行権拡大の小さな (linchpin) として最も有意義なものである」。Id. at 803.
- (10) Zivotofsky v. Secretary of State, 725 F.3d 197 (D.C. Cir. 2013).
- (11) 1 LAWRENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 637 (3rd ed. 2000).
- (12) Jean Galbraith, *International Law and the Domestic Separation of Powers*, 99 VA. L. REV. 987, 989 (2013). 大統領の専権が顕著に語られる近時の領域として、承認権と戦争権限と条約締結権を挙げ、それらに共通しているのが、条文ではなく過去の慣例を根拠としていることと国際法にかかわっていることだとする。そして、国際法が大統領権限の強化に典型的に資したと分析している。Id. at 1008.
- (13) 事実は以下に基づく。Zivotofsky v. Secretary of State, 511 F. Supp. 2d 97, 99-101 (D.D.C. 2007), 725 F.3d, at 200-204.
- (14) ①争点が調整的な政治部門にコミットするものが憲法の条文上で実証される②司法的に発見できてマネージできる解決のための規準が欠けている③明らかに司法的でない裁量の類で、根源的な政策決定なしには判断不可能である④適正な政府部門の調整を尊重あるいは欠如を明言することなく、裁判所が独立して解決に従事するのが不可能である⑤既になされた政治的決定を厳守するのを問題とし、異常な必要性がある⑥ある決定にさまざまな部門による多元的な声明から混乱を招く潜在性がある。のうちのいずれかにあたれば、司法判断適合性を欠く。Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 210 (1962).
- (15) Zivotofsky v. Secretary of State, 571 F.3d 1227 (D.C. Cir. 2009).



- (16) *Zivotofsky v. Secretary of State*, 132 S. Ct. 1423 (2012).
- (17) *Id.* at 1427 (Roberts, Chief J., delivering).
- (18) *Id.* at 1430.
- (19) 725 F.3d, at 204-205. 大統領のスト防止のための鉄鋼所国有化措置が違憲とされた判例で、大統領の憲法上の権限の解釈にいろいろの類型を示した。Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579, 635-637 (1952). 富井幸雄「軍権と行政権」比較憲法学研究二一号二五頁、四〇頁、二〇〇九年、参照。
- (20) 725 F.3d, at 206-208. 「制憲者は、承認権の問題が憲法批准の時には重要でなかったので、その若い国家が他国をどのように承認するかなんぞには明らかに関心がなかった」。 *Id.* at 207.
- (21) *Id.* at 211-212. 特に次の判示が強調される。大統領の外交「権限は、承認されるべき政府の決定にのみ止まらない。それは、承認の問題を支配する政策を決定する権限を含む」。 *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 229 (1942). さらに以下の判示に依拠する。「外国政府の承認は極めて強固に司法での扱いを限定するので、執行権の承認がなければ、外国政府がその存在について何も知らない共和国と呼ばれるようになった」のであり、「司法権は紛争領域にどの国が主権を持つかには通常、執行権に従う」のであって、「ある個人の地位がある外国政府を表象する者であると決するのは、執行権なのである」。725 F.3d, at 212-213.
- (22) *Id.* at 212.
- (23) *Id.* at 214.
- (24) *Id.* at 215-216.
- (25) 立法は単に承認の政策に触れるもので違憲とまではいえないとしても、二二四条d項はそうではなく、「議会は簡明に(plainly) どの国家または政府がエルサレムに主権を及ぼすかで、長い間の中立の立場から強制的に国務省を逸脱させるのを意図した」。 *Id.* at 220.
- (26) *Zivotofsky v. Kerry*, 134 S. Ct. 1873 (2014), cert. granted.
- (27) 「われわれの判例は、憲法が大統領のみに、外国政府の承認と承認からの撤退の権限を託したのを強固に確立させている」。 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 410 (1968).
- (28) 725 F.3d, at 206. *Id.* at 206 n.7.
- (29) 富井幸雄「アメリカ合衆国大統領と憲法―最高司令官と執行権の長」法学会雑誌五〇巻二号一二七頁、二〇一〇年、参照。

- (30) Reinstein, *supra* note 9 at 845, 852.
- (31) *Id.* at 860-61. レンステインは「承認権は議会でも大統領でもないずれの機関の排他的権限ではないとする。 *Id.* at 807.
- (32) David Gray Adler, *Jerusalem Passport Case: Judicial Error and the Expansion of the President's Recognition Power*, 44 PRESIDENTIAL STUD. Q. 537, 539(2014).
- (33) その論拠は当時の国際法の考え方（とくにスイスの Vattel <sup>ヴァッテル</sup>（制憲者に影響したとする））においている。 *Id.* at 549. *See also*, David Gray Adler, *The President's Recognition Power*, in THE CONSTITUTION AND THE CONDUCT OF AMERICAN FOREIGN POLICY 133, 137-138 (David Gray Adler and Larry N. George, eds., 1996). 一七五五年にヴァッテルの体系書がアメリカに到着してから「ハミルトン・マディソン・ジェファソン・マーシャル・ランドルフ・ストーリ、ケント等によって權威あるものとして引証され、とくにハミルトンは強く影響を受けたとする。ヴァッテルの承認権は主権国家の平等と独立を前提とし、ゆえに公使大使の送致や接受をなす権利があるとして、平時では接受を拒めないという。ただ唯一、その国家が政府機能を現実に持っているか (actual possession) は承認の基準となるとしている。 *Id.* at 138-139. アドラーは「大統領の承認権は制憲者によって狭い事務的な機能 (function) の能力に明らかに限定された」と指摘する。 *Id.* at 149.
- (34) THE FEDERALIST PAPERS, No.69, Hamilton, 420(C. Rossiter ed., 1961). アドラーはこの記述をもって「承認権の機能を儀礼的 (ceremonial) とするのがハミルトンの核となる考えだとする。 Adler, *supra* note 32 at 545. また、「ハミルトンは外交機能の実効性について語っている」と言う。 Adler, *supra* note 33 at 140. 承認は「実際取るに足らない形式ではない」とみたと整理される（ロバーツ長官 Oral argument, *infra* note 98 at 12）。
- (35) 『世界史資料7 南北アメリカ 先住民の世界から19世紀まで』（岩波書店、二〇〇八年）一六七頁。
- (36) 2 JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES § 1566(1851).
- (37) 杉原、前掲（2）書、三九〇—九一頁。ヴァッテルは「国家は外交使節団を派遣する権利を有するとし、また国家はこれを受けける権利があるとしたが、これに対応する義務がないので、現代国際法は大使の派遣接受は相互の合意となっている。同上。
- (38) LOUIS FISHER, THE LAW OF EXECUTIVE BRANCH 296(2014).
- (39) Robert J. Reinstein, *Is the President's Recognition Power Exclusive?* 86 TEM. L. REV. 1(2013). 歴史上はたしかに大統領が承認権を行使してきたけれども、憲法の条文、原初理解、制憲後の歴史、構造からは「執行権の権限が専権 (plenary)」の主張は根拠づけられず、執行権の承認権は排他的ではなく、議会制定法に服するとする。 *Id.* at 60. *See also, id.* at 50-52. 大統領は憲法上法律を誠実に執行する義務があり、この領域でもそうだとするのである。 *Id.* at 8.

- (40) *Id.* at 11; Adler, *supra* note 32 at 543. ヴァッテルを汲んだジェファソンの進言が大きく働いた。「フランス革命が、連邦政府のどの部門が外国権力を承認する憲法上の権限を有するかの問題を提起した最初である」。Gabraith, *supra* note 12 at 1010. ワシントンは、議会の承認なく革命政府を承認するのに、憲法外の正当性の根拠として国際法に依拠した。*Id.* at 1009.
- (41) Reinstein, *supra* note 39 at 12.
- (42) *Id.* at 14-15. 前者の法はジェファソンの執行権の決定と同じであるけれども、通商禁止法は議会独自であり、通商禁止はジェファソンの意思に反したものである。これは、「共和国の初期の歴史において承認に関する重要な立法府の行為」であると述べている。*Id.* at 18.
- (43) 725 F.3d, at 208.
- (44) Reinstein, *supra* note 39 at 23, 25.
- (45) 725 F.3d, at 210.
- (46) Reinstein, *supra* note 39 at 27-29. ジャクソンは権力分立の憲法問題を避けようとし、議会との協働を求めたのであり、議会のあらゆる判断に従う用意を見せていたのであって、こうした議会への委譲 (deference) 的態度からは、承認権が排他的権限なんぞはついでうかがうことはできないとする。*Id.* at 29.
- (47) 725 F.3d, at 210.
- (48) Reinstein, *supra* note 39 at 31. 議会が立法院の承認権行使した三番目の例で、議会が外国の国家を承認した初めての例である。*Id.* at 32.
- (49) 725 F.3d, at 208-209. 本件判決は、他に一九一九年にウイルソンが承認権行使したことに議会が反論したのを受けて、大統領がこれまでの慣習を根拠として承認権の排他的権限を主張したことに言及している。
- (50) Reinstein, *supra* note 39 at 32.
- (51) *Id.* at 34.
- (52) *Id.* at 39, 41. 合同決議は以下のようである。「アメリカ合衆国議会上院及び下院は合同で可決した。第一、キューバ島の人々は自由かつ独立であり、かつ権利としてそうであるものとする」。725 F.3d, at 210 n.11. なお本件判決は、原告が議会の承認権が凌駕したと挙げている事例をことごとく大統領の承認権を前提とした形で展開されたとして退けている。*Id.* at 210.
- (53) Sakrishna B. Prakash & Michael D. Ramsey, *The Executive Power over Foreign Affairs*, 111 YALE L.J. 231, 234-5(2001).
- (54) *Constitutional Law-Separation of Powers-D.C. Circuit Holds That Recognition of Foreign Governments Is an Exclusive Executive Power*, 127 HARV. L. REV. 2154, 2163(2014).

- (55) 富井幸雄『海外派兵と議会―日本、アメリカ、カナダの比較憲法的考察』（成文堂、二〇一三年）、四七三―四九八頁。国家承認についてイギリスの判例は行政の専権事項として判断を控える伝統があるが、政府の国家承認とは別に、事件に応じて司法が独自に法の支配が実行されている状況を判断するようになっており、大陸法と同じような考えになっている。杉原、前掲（2）書、二一七―一九頁。
- (56) A・ハミルトン＝J・ジェイ＝J・マディソン／齋藤眞・武則忠見訳『ザ・フェデラリスト』（福村出版、一九九一年）、三三四―三九頁（第六九篇、A・ハミルトン）。
- (57) 同上書、三三八頁。「この権限は盛んな議論の的になっているが、…政府の行政には影響しない事柄で」、事務的なものであって議会の召集は必要としない方が「はるかに好都合」だとする。
- (58) G. Edward White, *The Transformation of the Constitutional Regime of Foreign Relations*, 85 Va. L. Rev. 1, 89 (1999).
- (59) *Id.* at 30-46. Quincy Wright の一九二二年刊行の『アメリカ国際関係の統制（The Control of American Foreign Relations）』がそれに貢献したとする。
- (60) 「条約の代替として行政協定の使用が増大したことによって作られた執行権の裁量という勢いで、国際政治問題を提起するコモロー上の訴訟に執行権裁量の考え方を拡大させていった」。 *Id.* at 38.
- (61) 一九世紀のオーソドックスと大きく異なるのは、憲法条文に列記された権限にこだわらないことであり、また内政（domestic）と外交（external）を峻別し、後者には無制約の執行権裁量を認めることにある。 *Id.* at 46-47. 一九世紀のオーソドックスからの離脱あるいは外交における国家の執行権の裁量原理の支配は漸増的（incrementally）に、ニューディール期後半に完成する。 *Id.* at 132, 146. サザランドらはすでに、外交領域はとりわけ執行権のリーダーシップにフィットするものと同等していたと分析している。 *Id.* at 124.
- (62) ザ・フェデラリスト、前掲（56）書、三六五頁（第七五篇、ハミルトン）。
- (63) Adler, *supra* note 33 at 148.
- (64) Doe v. Braden, 57 U.S. 635, 657-658 (1953).
- (65) The Sapphire, 78 U.S. 164, 168-169 (1870). 一九世紀には、政府の変更はそれがどのようなものであれ、国家の権利義務に影響しない<sup>5</sup>。国家は自由に政体を変更できる権利があるとの教義があったと分析されている。 Peterson, *supra* note 3 at 32.
- (66) United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937). 「かかる州の政策も、この件に関する国際的取極を凌駕することはできない」<sup>6</sup>。 *Id.* at 327 (Sutherland, J., delivering).
- (67) *Id.* at 331. ただ議会が承認権に関してどのような役割を有するかの言及はないし、議会を拒否したとの明言もないことに

注意した。Galbraith, *supra* note 12 at 1018.

(8) United States v. Pink, 315 U.S. 203(1942).

(69) *Id.* at 229-30. Belmont v. Pink も、アメリカ政府がソ連を公式に承認した後の判例である。ソ連が承認される前、ソ連の

国有化命令 (decree) でアメリカでの資産の回収が認められるかの *Cardozo* 判事の以下のような判断は、これらの伏線のように思える。ソ連は暴力で政権を獲得した国家であり、アメリカが承認していない。ソ連のかかる命令はアメリカでのロシアの資産にも及ぶか。法的にはソ連は政府ではないが、コモンセンスと公平に照らせば、そうした事実上の政府でも公序良俗やソ連市民に不正を働くことから免責されるわけではないとし、公式に承認されずとも事実上の政府として存在する。「ロシア政府は解散でも結合でも終結することはできない。というのも、それはわれわれの法律の下で形成された組織体 (corporation) であって、その組織体の生命はその創設の法が終結したと宣言しないかぎり、続くのである。ロシア政府ができたことはロシアの土壌でビジネスをする特権をなく奪すること (だけ) なのだ」。Solokof v. The National City Bank of New York, 145 N.E. 917, 919(1924).

(70) Jones v. United States, 137 U.S. 202, 212(1890). ただ、立法府と執行府のこの決定が裁判所を拘束するとしている。いわく「誰がある領土の…主権者かは、司法的ではなく政治的な問題であって、その決定は立法府と執行府によって…完結され、裁判官を拘束する」。 *Id.*

(71) Liberia v. Bickford, 787 F. Supp. 397 (S.D.N.Y. 1992). アメリカが公式に承認していないリベリア共和国国民統一暫定政府のリベリア国有会社に関する民事訴訟で、アメリカの訴訟での原告適格を認めた。不承認の場合、国務省に命令を求めることも少なからずある。Field, *supra* note 4 at 148.

(72) Adam Liptak, *Supreme Court Weighs Status of Jerusalem for Passports*, N.Y. TIMES, Nov. 3, 2014. See also, 511 F. Supp. 2d, at 104. ちわく「エルサレム市の地位は記録された歴史の中で最も争いのある問題の一つである」。

(73) Halberstam, *supra* note 8 at 1379. 一九九六年はイスラエル三千年紀にあたる。

(74) Memorandum for the President, Aug. 16, 1948, in 24 DOCUMENTARY HISTORY OF THE TURMAN PRESIDENCY: THE UNITED STATES RECOGNITION OF ISRAEL 192(1998).

(75) *Id.* at 310-317.

(76) Jerusalem Embassy Act, Pub. L. 104-45, 104<sup>th</sup> Cong. Nov. 8, 1995, 109 Stat. 398.

(77) Halberstam, *supra* note 8 at 1381. 同法が大統領の承認権が侵害するものか、大統領に承認権があるかが、憲法問題となる。この論文は、議会は憲法上、必要適切条項や歳出権に基づいて、執行権の権能を規制することは認められており、外交

行為に影響を与えるものも然りであるとし、それが多数説だとしている。

- (78) オバマは二〇一四年二月四日、大統領のメモでこのことを明らかにしている。Presidential Memorandum-Suspension of Limitations under the Jerusalem Embassy Act, Dec. 3, 2014, The White House, Office of the Press <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/12/03/presidential-memorandum> 二〇一五年一月二名の上院議員（共和党）がエルサレムへの大使館移転の法案を提出している。U.S. Senators Push to Move American Embassy to Jerusalem, <http://unitedwithisrael.org/senate-pushes-to-move>
- (79) Jerusalem Embassy and Recognition Act of 2013, H.R. 104, 113<sup>th</sup> Cong. (1<sup>st</sup> Sess. 2013). なおこの二〇一五年一月一日までに建設されたことはない。
- (80) 725 F.3d, at 220-226.
- (81) 725 F.3d, at 224.
- (82) なお、付加的な議論として、原告は執行権のこの出生地の政策はイスラエル支持者に対する差別だと主張しているが、これは退けられている。Id. at 225-226.
- (83) BLACK LAW DICTIONARY 1156(8th ed. 2004). 日本には旅券そのものを定義する法規定はない。旅券には公用旅券とそれ以外の一般旅券があるとする（旅券法二条）。
- (84) Thomas Ehrlich, *Passport*, 19 STAN. L. REV. 129, 129-130 (1966).
- (85) 22 C.F.R. § 51.1(d) (2012). パスポートは国民にのみ発せられる。22 C.F.R. § 51.2 (2012). See also, 22 U.S.C. § 211a (2012).
- (86) 22 U.S.C. § 211a (2012).
- (87) Haig v. Agee, 101 S. Ct. 2766 (1981). このまでもなく政府利益となる安全保障の具体的な中身や定義が問題となるように、必ずしも明確ではないので、立法で精緻にするように主張される。Case Comment, *Authority of Secretary of State to Revoke Passports for National Security or Foreign Policy Reasons: Haig v. Agee*, 66 MINN. L. REV. 667, 680 n.72, 681 n.73, 686 (1982).
- (88) Reinstein, *supra* note 39 at 59.
- (89) Id. at 41. 両方とも主権に関し争いのある地域であることも共通している。Id. at 42. 「執行権の「戦略的曖昧（strategic ambiguity）」は、エルサレムへの主権と全く同様に、台湾への主権についてのアメリカの立場を解放させたままにし、将来に委ねた」。Id.
- (90) Foreign Relations Authorization Act, FY 1994 and 1995, Pub.L. No. 103-236, § 132, 108 Stat. 382, 395 (codified as amended 22 U.S.C. § 2705 (2012)).

- (91) 725 F.3d, at 219.
- (92) *Id.* at n.18. 本件判決はこれを認めているようだ。*Id.*
- (93) *Id.* at 219. ただテイル補足意見は、アメリカは台湾を中国内の領域とみなしているから、台湾を出生地のリストに挙げているのは国務長官の一般政策に適合しているのであって、原告の主張はむしろ国務長官の一貫性を強調するものだとする。*Id.* at 224.
- (94) Taiwan Relations Act, Pub. L. No. 96-8, 93 Stat. 14 (1979) (codified as amended at 22 U.S.C. §§ 3310-3316 (2012)).
- (95) *Reinstein, supra* note 39 at 42-50. 本項での事実に関する記述はこれによる。
- (96) *Id.* at 46. ただ議会と大統領で台湾政策に対立がなく、PRCを承認するのも議会は賛成したし、反対者はごく少数であって、ROCを承認しなければかえって台湾の安全保障の脅威であるとの認識を共有していたことから、TRAが権力分立の問題で議論されることがなかったとする。*Id.* at 46-48. 彼は、TRAの締結から承認権は議会と大統領の協働であることを示唆している。*Id.* at 49. TRAは、アメリカ帝国の中で台湾の安全保障とそのためのアメリカのコミットを確保し、一方で台湾の民主化を促した法といえる。若林正丈『台湾の政治—中華民国台湾化の戦後史』（東京大学出版会、二〇〇八年）七頁、一〇—一七頁、三八六頁。
- (97) Oral Argument, *infra* note 98 at 8-10.
- (98) Transcript of Oral Argument at 1-55, *Zivotofsky v. Kerry*, No. 13-628. Available at [http://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/13-628\\_fe9g.pdf](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/13-628_fe9g.pdf) 以下本文カッコ内に引用頁を示す。
- (99) 大統領の署名時での声明の意義について、横大道聡「大統領の憲法解釈—アメリカ合衆国における Signing Statements を巡る論争を中心に—」鹿児島大学教育学部研究紀要第五九巻八九頁、二〇〇八年、参照。
- (100) 過去の例が時代を経てもいつまでも正しいというわけではない。Galbraith, *supra* note 12 at 1042-45.
- (101) 武力行使の決定権が議会と大統領のどちらにあるかの憲法解釈を司法権は一義的に判断するのを避けている。富井、前掲(55)書、第四章、参照。

〔追記〕

脱稿後の本年六月八日、最高裁は本件上告を棄却し、二二四条d項を違憲とする判断を確定させた。*Zivotofsky v. Kerry*, 576 U.S. — (2015). 五（ケネディ（法廷意見）、ギンズバーク、ブライヤー、ソトマイヤー、ケーガン判事）対四（ロバーツ首席判事、トーマス、アリトー、スカリア判事）であった。憲法の条文、構造、歴史から、承認権は大統領の排他的権限であり、議会



はパスポート権を有するが、大統領がすでに行使、決定した承認権を変更させる権限は認められないところ、二一四条d項はまさにそのような立法であるとして、違憲とした。原審と異なり、大統領の承認権が排他的であることを憲法の条文や構造からも明らかだとした。